

LA AUTORÍA EN LA OMISIÓN

*Carlos Arturo Gómez Pavajeau**

Resumen: La evolución dogmática ha tenido como modelo el paradigma del delito doloso de acción, sobre cuyo modelo se han construido sus categorías y subcategorías, empero, es claro que cuando se trata de aplicar las mismas a los delitos de omisión la incoherencia, contradicción e insatisfacción en su explicación es palmaria, especialmente cuando se trata de la conceptualización de la autoría. En este trabajo daremos cuenta del concepto de autor en el especial ámbito del delito de omisión, estudiado a partir de las ideas rectoras que explicaron la evolución dogmática, de tal manera que queden explicitadas las diferencias fundamentales que lo distinguen de aquel aceptado para los delitos de acción dolosos, cuyo fundamento no es otro que su normativización, pues la omisión es un concepto de naturaleza jurídica, inexplicable a partir de una concepción ontológica de la acción.

Palabras clave: leyes de la naturaleza, causa y efecto, equivalencia de las condiciones, Ciencias de la Naturaleza, Ciencias del Espíritu, inervación muscular negativa, acción esperada o mandada, dominio del hecho, capacidad de acción, Estado Liberal y Estado Social, derechos fundamentales de autonomía y de prestación, solidaridad social, prohibiciones y mandatos.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas en la misma Universidad. Profesor titular de Derecho Penal y Derecho Disciplinario en esta casa de estudios. Contacto: gomezpavajeau@hotmail.com Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2011. Fecha de modificación: 3 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2012.

CRIMINAL AUTHORSHIP IN THE OMISSION

Abstract: the dogmatic evolution has had as its model the paradigm of action intentional crime, on whose model has been built its categories and subcategories. However, is clear that when it comes to the application of the same rules to the omission crimes, the incoherence, contradiction and dissatisfaction in its explanation is obvious, especially with the conceptualization of the criminal authorship. This article analyzes the concept of criminal authorship in the special scope of omission crime, studied from the guiding ideas that explained the dogmatic evolution, in order to make explicit the essential differences that distinguish it from the concept accepted for the action intentional crimes, whose foundation is not other than its normativization, because the omission is a concept of juridical nature, unexplainable from the ontological optical of human action.

Keywords: natural laws, cause and effect, equivalence of conditions, Nature Sciences, Spirit Sciences, negative muscular innervation, expected or ordered action, action capability, Liberal State and Social State, fundamental rights of autonomy and provision, social solidarity, prohibitions and mandates.

La autoría en la historia de la evolución dogmática nació de la mano del concepto de acción, pues en esta identificaba al accionante. La acción como comportamiento fue absorbida por el proceso causal, de tal manera que la misma apenas aparecía como un elemento más de los componentes del fenómeno, esto es, como aquel impulso físico, o después, con su revisión, con un mínimo psíquico, que desencadenaba un fenómeno de causa-efecto-causa-efecto y así sucesivamente hacia el infinito, identificándose por tanto con la genética de la causa.

La importancia de las “*leyes de la naturaleza*” en la configuración conceptual de los fenómenos políticos, sociales y jurídicos del siglo XIX fue evidente, y por demás el cerebro humano, como se encuentra demostrado científicamente, se halla prefigurado por la evolución como apto para entender y comprender los fenómenos a partir de las leyes de causa y efecto, lo cual se ha verificado aun en los niños con pocos días de nacidos.

Lo anterior se tomó como presupuesto, sumado al peso de la tradición, especialmente por cuanto el prestigio de las “*ciencias de la naturaleza*”, y sobre todo el éxito que habían suministrado a la física y la mecánica, arrinconaban y humillaban al Derecho Penal, pero era su única tabla de salvación ante los cuestionamientos de su estatus científico.

Se nos enseñó a pensar a los juristas a partir de una lógica formal, soportada en la identificación de las categorías de causa, efecto y relación de causalidad, a lo cual debían reducirse todos los fenómenos jurídicos. En ellos debíamos encontrar representadas las leyes de la naturaleza a efecto de la obtención de su reconocimiento jurídico y, por supuesto, de su elevación a la denominación de categorías dogmáticas, toda vez que,

si la representación silogística no aparecía reflejada en la institución, descartábamos que se tratara de algo científico.

Autor era, pues, en términos de las leyes de la naturaleza, el causante. La dinamogénesis del proceso causal identificaba al autor y por allí, por supuesto, ante fenómenos puramente descriptivos, la “*equivalencia de las condiciones*” hacía su aparición para caracterizar como autor a todo aquel que pusiera una condición para la producción de un resultado, sin importar su “*significado*”, pues el valor era aspecto desconocido en el ámbito de un tipo penal pretendidamente neutral, en tanto captaba simplemente los fenómenos de la naturaleza.

Así entonces, la infinitud como carácter esencial de las leyes de causa y efecto convertían en autor a todo aquel que, analizado el suceso hacia atrás o hacia delante, apareciera realizando cualquier aporte causal en el proceso físico desencadenado –*conditio sine qua non*–, lo que hacía imposible limitar la imputación tanto en términos cuantitativos como en términos cualitativos.

El concepto de autor aparecía con pretensión unitaria, tratando de limitarse con la adopción de dos tesis: a) Objetiva, a partir de la distinción entre “*causa*” y condición, ejercicio impertinente en un ámbito regido por lo descriptivo, pues ello demandaba esencialmente valoración, y b) Subjetiva, a partir de la compatibilidad que ofrecía la tesis revisada sobre la acción, aquella que le daba rasgos mínimos de lo psíquico a lo físico, cuya expresión estaba dada en señalar que autor era quien quisiera el hecho para sí –*animus auctoris*– y partícipe quien lo quisiera para otro –*animus socii*–, lo cual, dado el ánimo, podía convertir en autor al partícipe y viceversa, pero también generar un partícipe sin autor.

Por supuesto, tal forma de ver las cosas solo explicaba con alguna satisfacción los delitos de acción, fenotipos jurídicos que parecen venir prefigurados por la naturaleza.

Pero en materia de autoría en la omisión las cosas eran verdaderamente críticas, pues exigiéndose para su configuración una explicación a partir de las leyes de causa y efecto, al *no poder surgir nada de la nada*, pues ni la afirmación de una “*inervación muscular negativa*” producto de un impulso psíquico que inhibe la tendencia a obrar podía explicar la omisión; toda vez que ella en realidad no existe desde un punto de vista fisiológico en las funciones musculares voluntarias e involuntarias, la causalidad solo se podía predicar en términos hipotéticos y por supuesto ello reñía con una metodología ontológica.

Ahora, según la tesis objetiva, si resultaba un imposible encontrar en la acción la distinción entre causa y condición, que suponía la existencia de “*algo*”, ¿cómo encontrarla en la omisión a partir de la nada, esto es, cómo clasificar la “*nada*” en las categorías de causa o condición?

Pero además, si resulta verdaderamente problemático encontrar el dolo en la omisión, toda vez que la voluntad en sentido negativo no tiene un reflejo externo, por lo que se ha dicho que solo queda integrado por el conocimiento o cuasi dolo, ¿cómo encontrar en ella el *animus auctoris* o el *animus socii*, cuando son criterios subjetivos más difíciles de precisar?

Sin causa no podía existir causante y, por supuesto, resultado, toda vez que este faltaba en los delitos de omisión propia, y estando presente en los de omisión impropia, era claro que en ellos no existía relación de causalidad. Las leyes de la causalidad, por supuesto de las bases fundamentales de la ciencia de la naturaleza, si no podían explicar satisfactoriamente la Teoría del Delito construida sobre la imagen del delito doloso de acción, nada tenían que hacer en la explicación de los delitos de omisión.

Tales formas de entender las cosas hizo perder a la ciencia jurídica de unas bases científico-sociales que, de haberse adoptado una metodología jurídica como punto de partida, soportada en las técnicas de protección de los derechos fundamentales en el Estado Liberal, hubiesen suministrado una explicación correcta y satisfactoria desde el punto de vista valorativo.

Por ello lo que no podemos olvidar es que, si el Estado Liberal tenía como fundamento de su existencia la protección de los derechos naturales, trasuntados en un primer momento como “*derechos subjetivos*”, hoy identificados como derechos fundamentales de autonomía, bien pudo explicarse la autoría en los delitos de acción como aquel exceso en la libertad de un sujeto que injería en los derechos de otro, afectando su goce y ejercicio, imputando su afectación a quien resultara determinante en ello en clave de libertad; esto es, servían a su cometido la delimitación de las ideas de esfera de libertad del autor y la de esfera de libertad del sujeto pasivo.

Quien con su esfera de libertad, en grado de abuso, injiriera la de otro, sería autor. Quien no tuviera dicha calidad solo podía ostentar el título de partícipe, bien como determinador o como cómplice; el primero haciendo surgir en el autor la idea criminal y el segundo coadyuvando en el abuso, puesto que si su libertad injiere directamente en la esfera de libertad de la víctima, tendría la calidad de autor.

Lo anterior explicaría la autoría y la participación en el ámbito de los delitos dolosos de acción, mas las explicaciones de la autoría en la omisión aquí no encontrarían respuestas satisfactorias, toda vez que siendo los derechos subjetivos producto de la positivación de los “*derechos naturales*”, no existían, como equivocadamente lo entendieron CARRARA y FEUERBACH, derechos de esta estirpe de los cuales eran titulares algunos para que otros exteriorizaran, en su favor, algún comportamiento.

Habría de esperarse al advenimiento del Estado Social y de las técnicas de protección de los derechos fundamentales de prestación, para captar la esencia jurídica de lo que visionaron los dos más grandes representantes del Derecho Penal liberal, solo que la

lógica política-jurídica con la cual razonaban no era apta para explicar los delitos de omisión y por supuesto al autor omisivo, aun cuando CARRARA intuía que su explicación estaba en el concepto de Estado Solidarista.

Sobrevino la dogmática neoclásica, sin embargo, los caminos recorridos no fueron los correctos, toda vez que el neokantismo superpuso un positivismo valorativo al positivismo naturalista, lo cual solo ocurría en aquello que no tuviera respuesta adecuada en la dogmática clásica, perdiéndose la oportunidad de darle una respuesta teleológica-final a todos los fenómenos y categorías dogmáticas, lo cual se demandaba si aspiraba a considerarse ciencia jurídica en términos de las llamadas “*ciencias sociales o del espíritu*”, cuando era evidente que las mismas no prescindían, por el contrario, enfatizaban en el carácter sistemático de los conceptos. Se convertía la conceptualización en una colcha de retazos donde unas categorías jurídicas se explicaban a partir de la vieja metodología ontológica y otras a través de un enrevesado, contradictorio e incoherente criterio, verdadera entelequia, de lo causal-valorativo.

Se ensayaron los conceptos de lo objetivo-formal y lo objetivo material en las definiciones de autor, precisándose que el primero aportaba la idea de autor en quien recorre la descripción típica y el otro por quien lleva a cabo directamente la ofensa al bien jurídico.

No obstante, en los delitos de omisión, desde el punto de vista objetivo, no se recorre la descripción típica, pues en ellos fundamentalmente lo que ocurre es un acto de imputación, de tal manera que resulta imposible determinar quién es autor a partir de aquello y, por supuesto, por otro lado y de contera, tampoco quién es partícipe.

Fracasa la teoría objetivo-formal, pero también la objetivo-material, pues en la omisión el sujeto autor no ofende al bien jurídico, por el contrario, aprecia impasible, o podría hacerlo, cómo otro sujeto o fuerzas de la naturaleza lo hacen.

Pero lo que no se puede negar es que, de una manera clara, al señalar que acción en sentido valorativo también da cuenta de un comportamiento esperado por el ordenamiento jurídico, caracterizó la esencia de la omisión y por supuesto abrió el camino para la comprensión correcta de la autoría en su ámbito.

No obstante, dicho positivismo valorativo llevaba en su seno mismo el germen de su destrucción, pues cifrándose en lo puramente legal hizo del poder omnímodo del legislador el motor de la conceptualización jurídica, destacándose como fundamental la idea de que el sujeto del conocimiento podía, por medio del método teleológico orientado conforme a medios y fines, modificar, transformar y hasta crear al objeto del conocimiento, lo cual se hacía todavía más crítico si se tiene en cuenta que la teoría imperante sobre los valores pregonaba su estatus de relatividad. La relatividad y la manipulación de los conceptos jurídicos devendrían, inexorablemente, en arbitrariedad e irrazonabilidad.

Autor, en consecuencia, era quien así fuera calificado por el Derecho, que en últimas se confundía con lo legal. También como se dijo, por imperativos teleológicos, la noción de autor en los delitos de omisión podía ser una creación del legislador, entendiéndose como tal aquel sujeto de quien el ordenamiento jurídico esperaba una acción, abandonando correctamente los cauces naturalistas pero incursionando en las procelosas aguas de la incertidumbre y la arbitrariedad, inaugurando un concepto de autor vinculado con la simple y llana infracción de deberes jurídicos, de por sí desprovistos de contenido material, lo cual deslizó la Teoría Liberal del Derecho Penal a las contaminadas corrientes del Derecho Penal del nacionalsocialismo alemán, por consiguiente cambiando la noción de injusto ya arriba precisada por la de infracción al deber, que progresó hacia la idea de “*traición al pueblo*”, siendo todo autor un omitente de deberes. Autor también, en la omisión, era un concepto tipológico, en línea contraria al sentido liberal de la dogmática.

No podía esperarse menos si la idea de bien jurídico fue reducida a mera *ratio legis*, evolucionando la categoría dogmática sobre la posición de garante de la teoría formal de los deberes a la material de las funciones, empero, en gran medida sobre la base de ideas vacías de contenido material, ancladas exclusivamente en deberes inspirados en tan nefasta doctrina política.

La consecuencia del giro antropocentrista de modelo estatal a uno “*estatocentrista*”, o lo que es lo mismo, “*pueblacentrista*”, tendrá implicaciones inmediatas en el Derecho Penal.

Como la omisión de un deber no es cuantificable, pues la ética o la moral no tienen ponderación, todo aquel que omite un deber es autor, volviéndose a la indistinción entre autoría y participación, razón por la cual ningún avance puede ser real y seriamente considerado.

Por el contrario, tales ideas fueron aprovechadas de forma radical por el Derecho Penal nacionalsocialista alemán, el cual, a través de la llamada Escuela de Kiel, convirtió toda infracción al deber en delito, y con ello se pasó, de un modelo dogmático soportado en la imagen del delito de acción, a un modelo dogmático soportado en la imagen del delito de omisión, donde, por supuesto, todo infractor de deberes es un autor por omisión: deberes referidos al sano sentimiento del pueblo, al espíritu del pueblo o la raza aria, transitando así por caminos de irracionalidad.

La doctrina finalista de la acción, muy a pesar de que algunos autores cuestionaran sus bases filosóficas, injustamente vinculándolas con el nacionalsocialismo alemán, lo cierto es que rescató una teoría liberal del bien jurídico en línea trascendentalista, imprimiéndole el sello de la dinámica social; no obstante, la verdadera defraudación se produce en el ámbito dogmático, habida cuenta de que tomó partido por el desvalor de acción como el elemento fundante del injusto, y por dicha vía muy fácil resultaba admitir el peso del desvalor de la omisión, reduciéndose la autoría a esta; por tanto,

autor omisivo era quien solo potencialmente apareciese como “capaz de acción” y no realizara un determinado comportamiento. Tal vez es lo más próximo que se conoce, modernamente, en línea dogmática, a un Derecho Penal de autor.

El infortunio estaba nuevamente del lado del delito de omisión y, por supuesto, influyendo negativamente en el concepto de autor, puesto que en gran medida se acepta un avance en materia de los delitos de acción, caracterizándose al autor como aquel sujeto que interviene en el suceso delictivo con “*dominio del hecho*”, esto es, solo es autor quien al retirar su aporte frustra el plan delictivo por tener en sus manos las riendas de la acción; todos los demás, por antonomasia, son partícipes a nivel de determinadores o cómplices.

Si acción es supradeterminación de la causalidad, autor del delito es quien lleva a cabo esa supradeterminación. Pero lo que se constata es que en la omisión no se produce una supradeterminación de la causalidad, pues en ella lo que sucede es precisamente lo contrario: el sujeto omisivo deja que la causalidad siga su curso, en tanto no existe una dirección del curso causal por medio de la voluntad humana con dominio y sentido final.

Tampoco podría explicarse la determinación y mucho menos la complicidad en la omisión, por cuanto, dependiendo estas de la definición de autor, en línea de descarte, no pudiendo lograrse esta, mucho menos aquellas.

El fracaso de la metodología welzeliana estaba a la vista, pues un concepto ontológico de acción solo servía para describir en buena parte –que no en toda– los delitos de acción dolosos, toda vez que la capacidad de acción esgrimida para los delitos de omisión solo esbozaba “*potencialidad*”, lo cual es contrario a la realidad y por supuesto a lo óntico. Pero a su turno, la otra estructura lógico-objetiva importante y configuradora de la dogmática penal, a saber, el “*dominio del hecho*”, tampoco se aplicaba a los delitos de omisión.

Ahora bien, en esa mala racha el autor en los delitos de omisión no estaba solo, lo acompañaba otra de las manifestaciones delictivas consideradas como menos graves. Nos referimos a los llamados delitos imprudentes de acción, nueva expresión dogmática de lo delictivo, pues ahora son tres las estructuras que deben estudiarse con carácter de especialidad, en la cual se postula por el finalismo un concepto unitario de autor; no extensivo, como aliviadamente algunos hacen referencia.

Vaya paradoja, los delitos de acción dolosos, calificados por doctos y legos como la expresión más graves de lo punible, implican que los estudiosos les dediquen más tiempo y espacio en la investigación científico-dogmática y por tanto postulen un concepto cada vez más limitado de autor; empero, en delitos de omisión –dolosos e imprudentes– y delitos culposos de acción que son menos graves, precisamente por sufrir tratamiento diverso, aunque menores en reproche jurídico, termina menospreciándose su tratamien-

to en el ámbito de la intervención delictiva, siempre reduciéndose la discusión al tema de la autoría y por tanto propiciando en su seno un Derecho Penal de corte expansivo.

Pero a la par de algunos avances, que en realidad permitían solo una lectura del Derecho Penal en clave “positivista legalista”, por tanto entonces centrada en el quebrantamiento de la norma, se logra por el constitucionalismo moderno canalizar lo formal por cauces materiales, preñados de contenido, a partir de la caracterización que impone la necesidad de protección de nuevos derechos vinculados con lo cultural, lo económico y lo social, volcándose hacia lo colectivo como una visión conciliadora entre el individuo y la sociedad, cuya separación a la manera de un precipicio en la visión del Estado Liberal, tiende a ser cerrada por el principio de solidaridad.

El Estado Intervencionista tiene su razón de ser en la garantía y materialización de los derechos fundamentales, de lo cual se desprenden cargas especiales para el Estado y a favor de los individuos, pero en no pocas ocasiones también para estos y a favor de sus semejantes, muestra irrefutable de que los nuevos derechos imponen el advenimiento de nuevas técnicas jurídicas en su protección, las cuales se caracterizan: a) Por abrir caminos a la protección de nuevos bienes jurídicos, toda vez que ya no solo lo serán exclusiva y excluyentemente los relacionados con los derechos fundamentales de autonomía, sino que nuevas categorías hacen su aparición, tal como sucede con los derechos de crédito o de prestación, cuyas técnicas jurídicas de protección reflejan la norma de mandato, y b) Porque la titularidad de los derechos ya no refleja, exclusiva y excluyentemente, la técnica jurídica conocida en Occidente como romano-germánica, que presupone la existencia actual de un titular, o al menos, por extensión, la de quien está por nacer, sino que se protegen intereses jurídicos difusos, colectivos y de generaciones que están por venir.

La idea de derechos de crédito o de prestación encarna lo intuitivo por CARRARA y FEUERBACH, acerca del derecho que tiene un titular a que otro sujeto exteriorice en su favor un comportamiento; por lo tanto la regla jurídica está dada también por el mandato y no solo por la prohibición.

La complejidad de la titularidad de los derechos y su carácter difuso incide en las formas en que la ley define al autor, generando, al menos en lo que tiene que ver con el delito de omisión impropia, la caracterización de un autor a partir de normas en blanco.

Prohibición vs. mandato, bienes jurídicos concretos vs. bienes jurídicos difusos y delimitación clara y cerrada de autores vs. concepto abierto de autor, son los dilemas del Estado Social y Democrático de Derecho.

En fin, Derecho Penal de *ultima ratio* vs. Derecho Penal en expansión, lo cual obliga a afinar las técnicas jurídicas si no se quiere que la fórmula original, necesitada de cambios y por supuesto obligada a evolucionar, lo haga de tal forma que pierda todo

contacto con sus orígenes y termine abjurando de su rica y progresista tradición, la cual exalta la dignidad y postula la idea de un Estado antropocentrista.

No dudamos que en esta línea progresista se mueve ROXIN, quien explicita la íntima relación que existe entre modelo de Estado y Derecho Penal, insistiendo en la importancia de penetrar las categorías dogmáticas por un pensamiento político-criminal, que por supuesto deviene de la idea de Estado que se profese.

Ya WELZEL, muy a pesar de los inmensos logros de su teoría finalista de la acción, había prácticamente abandonado la idea de explicar a partir de un solo modelo de acción, concebido en términos ontológicos, todas las manifestaciones delictivas. Sus escritos después de la segunda mitad del siglo pasado estudian tres estructuras diversas: a) Delitos dolosos de acción; b) Delitos culposos de acción, y c) Delitos de omisión, dolosos y culposos¹.

Tal idea, para ilustrar los nuevos rumbos, es complementada por ROXIN: no es conveniente “imponer un concepto de autor, obtenido de cualquier modo, a todas las manifestaciones del delito”².

La nueva metodología se explicita señalando que, a propósito de la mención del pensamiento neokantiano y ontológico-welzeliano, “los contenidos de significado previo y los establecimientos de valoración creadores de sentido se interpenetran de manera que se produce entre ellos una interacción continua y el resultado no se presenta como una estructura fija, sino como la resultante de un proceso, en evolución incesante, de influencia recíproca”³.

De la dogmática finalista aprovecha la idea de “dominio del hecho” para desmembrarlo, en términos funcionalistas, en: a) Dominio de la acción, que explicaría la autoría material; b) Dominio de la voluntad, para explicar la autoría mediata. Aquí también se da cabida a la explicación de nuevas formas de autoría en el ámbito de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales altamente complejas, y c) Dominio funcional, ámbito en el cual se explica la coautoría.

Las intervenciones al margen de los anteriores conceptos caracterizan la participación en sus modalidades de determinación y complicidad, por tanto de las figuras de accesoriidad.

1 Particularmente así, su estructura triforme del delito, en *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1970.

2 CLAUS ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 39.

3 *Ibíd.*, p. 42.

Por otro lado crea aquella la teoría de la autoría en los delitos de infracción de deberes, que cubre las modalidades: a) Delitos especiales, en los cuales se destacan los delitos contra la administración pública, y b) Delitos de omisión. En ellos la autoría es prácticamente la regla, y solo en casos excepcionales tiene cabida la participación, toda vez que todo aquel que tenga un deber especial y lo infrinja, será autor.

En ambos se desprende como denominador común la idea de posición de garante, toda vez que la importancia del aporte o el dominio del hecho pasan a un segundo plano, pues en ellos lo decisivo es el deber especial de autor que caracteriza a los delitos de infracción de deberes.

Pero también, agregamos, en ambos aparece como figura conectora la solidaridad, como más adelante lo vamos a destacar.

Hay que tener conciencia acerca de una idea que, aunque evolucionada, no abandone los cauces liberales: si el Derecho Penal del Estado Liberal es mínimo, el Derecho Penal del Estado Social deberá ser doblemente mínimo.

En efecto, materialmente hablando, las restricciones que se imponen al libre desarrollo de la personalidad en el Derecho Penal tradicional, esto es, del Estado Liberal, son entendibles como “*prohibiciones jurídicas*” de injerencia en los derechos de los demás, para el cumplimiento de las cuales la molestia en la libertad es mínima, toda vez que basta abstenerse; empero, las pertenecientes al Estado Social son intervenciones más drásticas, pues se ordena a los funcionarios y particulares inmiscuirse en la defensa de los bienes jurídicos ajenos, llevando a cabo acciones salvadoras, por lo que la técnica jurídica utilizada es la de los “*mandatos jurídicos*”, mucho más injerentes en la libertad ciudadana.

Muy seguramente, pues el giro de lo antropocéntrico a lo sociocéntrico es evidente, en tanto el Derecho Penal en consecuencia debe ocuparse solo de estabilizar expectativas sociales, por lo que la importancia del bien jurídico queda marchitada y por ende el referente de los derechos fundamentales muy poco se utilizará en el ámbito del funcionalismo radical, los cambios en las actuales propuestas, en nuestro sentir, implican algunos retrocesos.

JAKOBS produce un giro doctrinal donde el modelo de las manifestaciones delictivas se unifica sobre la idea del delito de omisión y su configuración estructural, en consecuencia, tanto en los delitos de competencia por organización como en los de competencia institucional, categorías que ahora excluyen la discusión sobre la acción y la omisión, dolosos o culposos, siempre el autor se encuentra en posición de garante⁴ y, por tanto,

4 “De acción o de omisión, doloso, culposo o preterintencional”, todo delito demanda una posición de garante, señaló, emulándolo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. n.º 16.636.

la naturaleza de todos y absolutamente todas las manifestaciones delictivas es la de una infracción de deberes.

Así, la diferencia entre autoría y participación en los delitos de competencia por organización solo es de grado, en tanto habla de “*autoría menguada*” para fundar la accesoriedad en esta, en tanto “la diferencia entre acción y omisión pierde su sentido” y, por supuesto, decae la participación a favor de la autoría, aunque ello solo de manera radical en la competencia institucional, donde no rige la accesoriedad⁵.

Si se predica un giro de lo antropocéntrico a lo sociocéntrico ya el modelo de Estado Liberal no será lo fundamental. El Estado Social no cumplirá su papel matizador de las consecuencias del Estado Liberal, sino que lo social lo absorbe todo y el individuo, como persona, se disuelve en el conjunto, de tal manera que la sociedad ya no es un medio sino un fin.

Tal manera de encarar lo político se refleja inmediatamente en el giro que sufre el tratamiento de la Teoría del Delito, pues los modelos reduccionistas de lo penal son reemplazos por modelos expansionistas: lo que implica una mayor aceptación, en vía de modelo general operacional, de los delitos de omisión, por un lado; y por otro, la autoría se devora a la participación. Es la consecuencia del modelo político en el cual lo social se traga lo individual, verdadera esencia del funcionalismo radical.

La Carta Política de 1991 le apuntó a otra visión de lo político, toda vez que la noción fundamental es la de constituir un Estado Liberal de Derecho, matizado por lo democrático y social. Tal perspectiva es clara si se observa que el primer fundamento del orden jurídico es el respeto por la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes (arts. 1º, 5º y 94), siguiéndole, por supuesto, la solidaridad social, el interés general y los derechos colectivos (arts. 1º y 95).

El concepto de dignidad humana proviene de la antropología filosófica y ella debe nutrir el entendimiento de nuestras instituciones jurídicas, por tanto, si en la actualidad nos enseña que individuo y sociedad son necesarios uno a otro, pero la sociedad no existe sino para los individuos y no los individuos para la sociedad, debe afirmarse un justo equilibrio en su interacción. En efecto, el cerebro humano no alcanzaría a desarrollar sus capacidades si no se vive en sociedad, pero para integrarse en sociedad se necesita de tal parte vital del individuo⁶.

Lo individual precede a lo social, por tanto es necesario, mas no suficiente. El complemento ineludible de lo individual es lo social, y a ello deben apuntar las instituciones jurídicas.

5 GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 791 y 794.

6 EMILIO GARCÍA GARCÍA. *Mente y cerebro*, Madrid, Síntesis, 2001.

Pero lo social no adquiere por sí solo relevancia, dejando al margen a la persona, pues ello significaría un giro de lo antropocentrista a lo sociocentrista, contrario a nuestra organización política.

No obstante, los aportes de JAKOBS y sus discípulos, entendidos en clave del bien jurídico en sentido liberal, comportan avances inimaginados para el Derecho Penal actual.

Las experiencias vividas cuando se dejó de lado el antropocentrismo nos obligan a mirar con detenimiento y prevención los giros no calculados hacia la prevalencia de lo social sobre lo individual.

Tal percepción surge nítida cuando recordamos la forma en que se apabulló al individuo en el marco del positivismo ferriano, donde la prevalencia de lo social fue evidente, justificando así todo tipo de sacrificio en cabeza de aquel.

Y qué decir de cuando se canonizó la idea de que el individuo no era nada, todo lo era el pueblo, lema del nacionalsocialismo alemán.

De allí que, si existe una relación íntima entre modelo de Estado y Derecho Penal, por un lado, como también entre modelo de Estado y derechos fundamentales, por otro, todos los caminos conducen a reconocer también una íntima relación entre Derecho Penal y derechos fundamentales. Tal es la fórmula a partir de la cual en Colombia hablamos hoy de un Derecho Penal Constitucional, cuya presentación sincrética está dada por el artículo 1° de la Carta Política, al definirla como un Estado Social y Democrático de Derecho, obligando a la teoría a realizar desarrollos sinérgicos.

Por ello, el modelo de Estado Liberal y sus derechos fundamentales de autonomía, cuya técnica jurídica de protección es la prohibición, generan el concepto de imputación por interferencia en los derechos ajenos. Aquí, sin duda alguna, los conceptos de autoría y participación deben formularse en dicha clave.

Pero también el modelo de Estado Social y sus derechos fundamentales de prestación o de crédito, con la fuerza creadora del principio de solidaridad como criterio de atribución penal, generan el concepto de imputación por no interferencia, cuya técnica jurídica revelada es el mandato salvador de bienes jurídicos. También aquí los conceptos de autoría y participación tienen su propia clave.

Autor es quien, por virtud de la solidaridad, se encuentre obligado a actuar de conformidad con mandatos salvadores cuyo extremo de la relación obligacional muestra a un sujeto titular de un derecho de prestación o de crédito respecto de sus bienes jurídicos, lo cual se muestra irrefutable si se aprecia el contenido del artículo 95 de la Carta Política, especialmente por el mandato concreto de su numeral 2.

La solidaridad estandarizada avizora la explicación de los delitos de omisión propia y caracteriza al autor. La solidaridad incrementada origina las posiciones de garante y por supuesto el círculo de autoría en los delitos de omisión impropia, que por demás tiende a arropar también a los delitos especiales.

HERMANN HELLER perfiló la idea, desde hace mucho tiempo, según la cual de quienes primero se demandan comportamientos solidarios es de quienes hacen parte de la administración pública en general⁷. ROSS modernamente ha expresado que es una “función social del poder servir a la comunidad”, lo que se traduce en el cumplimiento del “bien común”⁸.

Solidaridad estandarizada y solidaridad incrementada son criterios de imputación jurídica que resultan funcionales a la protección de bienes jurídicos. La protección en concreto de un bien jurídico y la administración de una fuente de peligro son criterios materiales fundados y delimitados por dicho referente, todo lo cual funda y explica las llamadas posiciones de garante.

Se adquieren así, por parte del deber jurídico, contenidos materiales previsibles y cuya legitimación en los Estados modernos nadie pone en duda.

Autor, en consecuencia, tanto en los delitos de omisión propia como impropia, es aquel llamado a la salvación de un bien jurídico. La intensidad de la solidaridad marca la imputación por omisión propia o impropia, puesto que –p. ej.–, si se trata de solidaridad estandarizada la omisión de salvamento se constituye en un delito de omisión de socorro, empero, si se trata de solidaridad intensificada nos encontraremos ante un homicidio en comisión por omisión.

Por tanto entonces, así entendidas las cosas, el Derecho Penal sigue teniendo como fundamento y límite al bien jurídico, en nuestro medio entendido en clave de derechos fundamentales por la jurisprudencia constitucional, por demás plenamente acorde y compatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad o estatus de libertad de acción, cuya fórmula acumulativa, dada por el artículo 16 de la Carta Política, demanda que el injusto se entienda configurado por la afectación de un derecho y el quebrantamiento de la norma. Por ello es que, sin hesitación alguna, debe afirmarse que el injusto en Colombia está compuesto, necesaria e imprescindiblemente, por el desvalor de resultado y por el desvalor de acción, con prevalencia del primero, toda vez que resulta inadmisibles la tentativa imposible, así como los delitos de peligro abstracto con presunción de derecho del peligro, y no se excusa el desistimiento frustrado.

También la autoría, especialmente en los delitos de omisión, debe responder a dichos postulados constitucionales.

7 HERMANN HELLER. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 219-220.

8 ALF ROSS. *Lógica de las normas*, Granada, Comares, 2000, p. 171.